

CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO*

Prefeito em exercício da cidade do Rio de Janeiro

Desejo agradecer ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul a oportunidade que me oferece de participar do presente Ciclo de Estudos sobre Direito Constitucional. Os professores que me antecederam e aqueles que vêm depois revelam bem a excelência do nível desejado pelos organizadores. A minha exceção certamente encontra lastro na amizade dos companheiros gaúchos, o que muito me sensibiliza e me honra.

Falando em Pelotas, a convite do Diretório Acadêmico Ferreira Vianna, lembrei a síntese do Professor LOURIVAL VILLANOVA, ao afirmar que a Ciência do Direito é a autoconsciência, em termos de conceitos, do Direito vigente. Isto nos leva a desenhar, em primeiríssimo plano, o papel relevante que temos, advogados e juristas, nas sociedades em transformação. É um desempenho de vigilância para que, na diretriz da justiça, triunfe o direito como tutela social básica, disciplinando as relações interpessoais e regulando a ação do Estado na promoção do bem comum.

Falar sobre o federalismo é, sob muitos aspectos, abordar toda a temática da construção ou reconstrução do Estado. E, no caso brasileiro, é situar no painel das grandes alternativas políticas da sociedade brasileira uma direção adequada para enfrentar os dilemas do nosso tempo.

Recordemos que a origem legítima do Estado está na vontade constituinte. Na verdade, há poder constituinte e ato constituinte. Há, também, poder estatal. EMILE BOUTMY, nos seus **Études de Droit Constitutionnel**, de 1888, ensinou que ato constituinte abrange fato ou fatos históricos reveladores da vontade política. Tem laços históricos com o contratualismo. É decisão primária de reunir a comunidade política.

Nesse preciso sentido, poder constituinte é vontade que define a forma da existência comum. É constitutivo de poder. Constitui a comunidade política. É, assim, intervenção para constitucionalizar a comunidade política, em termos de unidade.

Antes, como assinalado, há o poder estatal. É o poder de construir ou reconstruir o Estado. É distinção que se reflete no campo do direito das gentes: reconhecimento de Estados e reconhecimento de governos. Como doutrina PONTES DE MIRANDA,

aquele se refere à existência de nova ou alterada circunscrição de direito das gentes, portanto, à sua participação na competência supra-estatalmente distribuída. Esse, somente à investidura de novos titulares do poder na circunscrição que juridicamente já existe.

É do poder constituinte que nasce a Constituição. Mas, uma Constituição formal não faz em absoluto a um Estado, salvo na mais estrita significação literal, um autêntico Estado Constitucional. Tecnicamente, a Constituição é ato do poder estatal através do poder constituinte.

Todo o tema relativo ao poder constituinte implica na discussão sobre a legitimidade da Constituição. Poder constituinte legítimo = Constituição legítima. Poder de fato (interrupção da juridicidade) devolvendo poder estatal e poder constituinte ao titular legítimo = Constituição legítima. Constituição feita por quem não é titular do poder constituinte é ilegítima. Torna-se legítima se houver devolução ao titular: intervenção do poder constituinte legítimo, referendo, plebiscito.

Essa exata colocação é relevante porque só a Constituição que resulta do poder constituinte legitimamente exercido vincula a vontade do titular. Daí se segue que a Constituição, ao estabelecer qual a forma da ordem estatal, os mecanismos necessários ao exercício do poder e os direitos e garantias reconhecidos e assegurados, revela a vontade do

titular do poder constituinte. Se a Constituição é ilegítima, é óbvia a inexistência de qualquer vínculo.

Não cabe nos limites desta conversa examinar toda a controvérsia sobre a identificação do poder constituinte legítimo, aquele que vincula a vontade do titular. Basta lembrar que quando HERMANN HELLER, na sua clássica **Teoria do Estado**, afirmou que "poder constituinte é aquela vontade política cujo "poder e autoridade" estejam em condições de determinar a existência da unidade política do todo", ele pretendia descartar-se das dificuldades práticas de considerar-se o povo como sujeito do poder constituinte, ao mesmo tempo que sugeria que tal possibilidade, para concretizar-se, dependia da existência preliminar de uma norma. Mas, ao lado disso, assinalam que uma simples relação fática e instável de dominação não era suficiente para a caracterização plena de uma Constituição.

O que importa ter presente para o nosso tema é a relação direta entre poder estatal, poder constituinte e construção ou reconstrução do Estado.

Na construção ou reconstrução do Estado especifica-se, **ab initio**, a sua estrutura básica. Há revelação, como resultado da vontade política, da forma do Estado que se vai adotar. Assim também da forma de governo e do regime de governo.

Vale um esclarecimento. Não é demais repisar conceitos para o entendimento correto do tema tratado: A **forma do Estado** é a sua definição estrutural; a **forma de governo** é o modo de organização que projeta o Estado na sociedade política; o **regime de governo** é a especificação do modo das relações políticas dentro do Estado.

Nós todos sabemos que historicamente são múltiplas as formas do Estado: seguindo GEORG JELLINEK,

na realidade são possíveis infinidades de divisões tendo em conta as inumeráveis peculiaridades que pode oferecer o exame dos Estados e segundo o ponto de vista sob o qual são examinados. Assim, por exemplo, as singularidades do território podem servir de fundamento a muitas divisões, e assim também a situação relativa ao mar, ao clima, às propriedades do solo, à extensão territorial, às fronteiras do país etc. As peculiaridades sociais, nacionais e religiosas da população permitem por sua vez uma variedade quase incontável de fundamentos para fazer tais divisões, e outro tanto acontece com as distintas relações econômicas que formam a base da sociedade e os fenômenos transformadores do Estado em sua sucessão histórica.

Apesar do princípio de identidade da conformação político-jurídica do Estado, assinalado por QUEIROZ LIMA, é indispensável sistematizar o estudo das estruturas diversificadas que apresentam os Estados. É certo que, modernamente, a conformação fundamental dos Estados não enfatiza diferenças do porte das encontradas no alvorecer do Estado.

Considerando genericamente os modelos mais encontrados, entendemos que as formas do Estado podem ser classificadas a partir de duas categorias:

- a) Estados simples;
- b) Estados compostos.

Os Estados simples podem abranger máximo e mínimo de centralização ou descentralização sem perder sua característica original, guardada uma unidade estrutural interna rígida.

Por sua vez, os Estados compostos são marcados pela flexibilidade da estrutura interna, comportando um deslocamento autônomo do centro de poder político-jurídico. De todos os modos, os Estados compostos permitem tal número de ajustamentos que, muitas vezes, pode ocorrer semelhança com os Estados simples.

Não nos interessa indagar agora sobre as formas clássicas de Estados compostos, tendo em vista evidentes anacronismos com o Estado moderno. É o caso das uniões de Estados, assim as pessoais como as reais. Aquelas possíveis entre as monarquias porque implicam ocupação por um mesmo monarca do trono de dois ou mais Estados, em virtude de sucessão hereditária, casamentos entre membros de dinastias, ou mesmo pela violência. Ocorreu união pessoal entre a Inglaterra e o Hanovre, de 1714 a 1839, iniciada quando JORGE LUÍS, soberano do Ducado de Hanovre, ocupou o trono inglês com o título de JORGE I. Extinguiu-se a união quando ascendeu ao trono a Rainha VITÓRIA que, por ser mulher, não podia ocupar a coroa de Hanovre, em virtude da **lex salica**. As uniões reais, por seu turno, supõem a união de dois ou mais Estados sob um mesmo soberano, guardando cada Estado a sua organização interna, mas aparecendo como unidade na vida internacional. Ocorreu união real entre a Noruega e a Suécia, de 1815 a 1905, entre a Áustria e a Hungria, até 1918, fim da primeira grande guerra. Sobre o assunto é exemplar a lição do grande mestre DARCY AZAMBUJA na sua sempre citada **Teoria Geral do Estado**.

A confederação, outra forma de Estado composto, é formada quase sempre por um grupamento de Estados preexistentes, aos quais, no ensinamento de CHARLES DURAND, permanecendo senhores dos respectivos regimes internos, reúnem-se por um tratado com a finalidade essencial de resolver pacificamente as diferenças existentes entre eles e de assegurar a defesa comum contra os perigos externos. Repousa fundamentalmente sobre um pacto, subsistindo, portanto, o caráter contratual, definido por excelência na manifestação dos Estados confederados. O seu contorno jurídico indica assim a possibilidade de secessão.

É claro que tal quadro confederativo impede qualquer referência a vínculos constitucionais. Vínculo existe, mas é contratual,

decorrente de um pacto, passível de ser rompido pela secessão. Não há tratamento constitucional na confederação, salvo no interior dos Estados confederados.

Como doutrina OPPENHEIM, na oitava edição inglesa do seu **Tratado de Direito Internacional Público**, a cargo de LAUTERPACHT,

Estados confederados são certo número de Estados plenamente soberanos, vinculados entre si por um tratado internacional para a manutenção de sua independência externa e interna, em uma União com organismos próprios e dotados de certo poder sobre os Estados-Membros, mas não sobre os cidadãos de tais Estados. Não é um Estado como não o é a união real. É simplesmente uma confederação internacional de Estados, uma sociedade de caráter internacional, eis que os seus membros continuam sendo Estados plenamente soberanos e pessoas internacionais independentes.

Foram expressões confederativas importantes a dos Países Baixos de 1850 a 1895, a dos Estados Unidos de 1777 a 1787, a da Alemanha de 1815 a 1866, a da Suíça em dois períodos, de 1291 a 1798 e de 1815 a 1848. Na América Latina a "República Maior da América Central", compreendendo Honduras, Nicarágua e El Salvador, foi experiência efêmera e inútil da confederação, que vai de 1895 a 1898.

Chegamos, por fim, ao Estado federal que é hoje a forma de Estado mais conhecida e aplicada. Na lente constitucional, a federação é imediatamente focada pelos efeitos político-jurídicos visíveis de plano na órbita interna.

CHARLES DURAND localiza uma federação de entidades públicas quando define a existência de dois traços particulares:

a) diferentemente de uma simples aliança, forma, ela própria, uma coletividade pública, uma pessoa ativa de direito positivo, pois que ela é provida de órgãos aos quais a regra jurídica que lhe serve de base confere poderes de decisão sobre o plano interno e na ordem

externa, em campos mais ou menos amplos e com uma gradação de iniciativa mais ou menos elevada;

b) cada uma das coletividades assim federadas conserva ou adquire, em virtude do próprio ato fundamental, uma autonomia parcial, isto é, em diversas matérias os poderes de decisão pertencem aos seus próprios órgãos independentes em direito dos órgãos comuns.

A própria natureza da federação, independentemente da análise das diversas teorias que a explicam, indica a existência de uma unidade representativa e decisória nos planos externo e interno, aliada a um grau determinado de competências distribuídas no plano interno. Essa distribuição de competências se insere no contexto amplo da descentralização propiciada pela prática federativa.

A formação federativa original veio na Constituição dos Estados Unidos da América. A luta travada pelas treze colônias, em busca da independência, foi o impulso inicial de maior intensidade na formulação teórica e prática do Estado federal.

A fraqueza dos **Articles of Confederation**, de 1777, foi imediatamente constatada pela impossibilidade de prática política, a impedir, sob todas as luzes, a evolução da sociedade americana do Norte, rumo à verdadeira integração política. WATSON, historiando os antecedentes da Constituição de 1787 e indicando a debilidade dos **Articles of Confederation**, reproduz a opinião do **Justice PATERSON** no sentido de que o Governo dos Estados Unidos não podia prosperar sob a confederação, exatamente porque ao Congresso faltava a autoridade coerciva necessária.

Na verdade, a confederação de 1777 atendia ao impulso inicial da integração, suportando o processo deflagrado para o alcance da independência. Mas, como parece evidente, foi fórmula que nasceu transitória. A federação americana surgiu, como consequência da

transitoriedade da confederação, sob o signo da conciliação. Se, por um lado, havia reclamos, e fortes, sobre a indispensabilidade de reforçar os órgãos centrais, por outro lado, os Estados reunidos em convenção não pareciam dispostos a aceitar qualquer arranhão à plena autonomia e independência de que gozavam. A federação, portanto, foi fórmula de compromisso; compromisso difícil, mas definitivo na atmosfera do Estado moderno.

Interpretando a estrutura federal dos Estados Unidos da América, o constitucionalista inglês K. C. WHEARE mostra, com escólios nos escritos de HAMILTON, MADISON e JAY, que é indispensável marcar a diferença de princípios entre a Confederação de 1777 e a Federação de 1787. O clamor dos três ilustres americanos reunidos no "Federalista" objetivava substituir uma "ineficiente federação" por uma "eficiente federação". Os princípios dos dois estágios estruturais está fundamentalmente na melhor e mais ajustada distribuição de competências no plano interno, separados os poderes entre a estrutura central e a estrutura local, cada qual independente na sua esfera própria de ação. Foi projeção do "federal principie", o acolhimento da nova forma Estado, revelada pela Constituição dos Estados Unidos da América.

Mas, no contexto modelar em que nasceu a federação não foi resolvido o problema central de natureza jurídica do Estado federal.

K. C. WHEARE, examinando os pré-requisitos para o estabelecimento de uma estrutura federal, aponta como indispensável o desejo das comunidades de se submeterem a um único governo independente, mantendo governos regionais também independentes dentro de determinada esfera de atuação. No resumo de WHEARE, adequada é a forma federal de Estado quando ambos os anseios emergem concomitantemente, o que revela: "They must desire to be united, but not to be unitary".

Exemplo teórico da formação federativa como resposta histórica é o caso da Iugoslávia, plasmada no princípio leninista consagrado definitivamente na Constituição soviética de 1936. JOVAN DJORDJEVIC fazendo referência à tipicidade da Iugoslávia, o que fez da federação uma nova fórmula para regulamentar a questão nacional nas condições da revolução socialista, destaca que

a federação iugoslava é uma fórmula de união baseada na vontade livremente manifestada de cada um dos povos iugoslavos, individualidade política igual em direitos às outras individualidades. Esta não é uma União através do Estado e graças ao Estado. É uma associação de povos, a comunidade do povo trabalhador e dos povos trabalhadores da Iugoslávia.

Mas, a federação que nasceu como compromisso e pode ser fórmula de união de nacionalidades é também um expediente de técnica constitucional, exemplarmente figurado no caso brasileiro. OLIVEIRA VIANNA, na sua clássica **Instituições Políticas Brasileiras**, mostra, com absoluta nitidez, que a federação no Brasil não foi decorrência da nossa evolução histórica. Responde com técnica a aspirações políticas bem expressas no manifesto do Partido Republicano de 1870.

A essência do Estado federal é exatamente a precedência de comunidades autônomas e independentes, que postulam integração federal, guardando, sempre, raio próprio de competência. O balanceamento é concretizado na Constituição. Esta é, também, a síntese de equilíbrio do vínculo federativo.

A partilha interna de competência não pode arrepiar a natureza da federação, isto é, há que ser respeitada a autonomia e a independência das unidades federadas, discriminando-se a competência da estrutura central. RUY CIRNE LIMA, tragando um paralelo entre o federalismo e o feudalismo, é incisivo sobre este ponto fundamental:

Quando, afinal, a federação adquire personalidade jurídica no plano do direito público, a essa nova pessoa que se destaca das comunidades federadas, nas quais a plenitude do poder reside — à União, que se antepõe às comunidades federativamente organizadas —, atribui-se, em face destas últimas, posição análoga à do senhor feudal diante do príncipe: à União, poderes limitados como os do senhor feudal; às comunidades federadas, todo o poder remanescente, ou seja, a plenitude do poder em que se investiram elas, substituindo-se ao príncipe.

De fato, no plano exclusivamente constitucional, a eminência das unidades federadas está plenamente consagrada (ex.: Constituição da Suíça de 1874, artigo 3º; Constituição dos Estados Unidos, artigo X; Constituição da Venezuela de 1961, artigo 17, nº 7; Constituição do México de 1917, artigo 124; Constituição da Iugoslávia de 1963, artigo 108). Mas, freqüentemente, esta consagração é meramente formal, sendo afirmação corriqueira, de resto, a de que o Estado federal, operando, caminha para o Estado unitário.

Mas, de todos os modos, o problema teórico mais interessante que se levanta com relação ao Estado federal diz respeito à natureza do vínculo constitucional que liga as unidades federadas.

O nascimento de um autêntico Estado federal supõe a preexistência de Estados soberanos que se integram com o apoio da suprema autoridade de cada um.

O poder constituinte na construção do Estado federal — construção inicial — é exercido separadamente pelo titular originário em cada Estado. A manifestação do poder constituinte é resolvida na afirmação da vontade de integração comum.

O reflexo dessa vontade comum aparece na Constituição. É a expressão do direito interno que partilha as competências e estabelece os órgãos de funcionamento federativo, indicando as áreas de autonomia das unidades federadas. Assim, uma característica fundamental da federação

é a existência de um poder federativo de um lado, e do outro, poderes autônomos das unidades federadas.

Diversos problemas teóricos são colocados em discussão quando se examina o Estado federal. Por exemplo: há, porventura, esgotamento do poder constituinte da unidade federada quando a decisão favorece à federação? Ou pode haver rejeição da manifestação anterior sobre o federalismo? Ou, ainda, é possível poder constituinte de unidade federada ser exercido para retomar a plenitude que a partilha interna de competência privou?

ROCCO J. TRESOLINI questiona sobre o que acontece depois que um Estado se torna parte da União. Ele é sempre parte da União ou pode dela desintegrar-se a qualquer tempo?

A sua resposta é a mesma do **Chief Justice CHASE**, pronunciando voto in TEXAS v. WHITE: a Constituição vela por uma indestrutível União, composta de indestrutíveis Estados. Na verdade, o que ocorre é o ingresso em uma união indissolúvel:

The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final.

PATERSON, examinando este mesmo problema da indissolubilidade, entende que a vedação decorre da disciplina constitucional. A união dos Estados sob a Constituição, com a ratificação, tornou-se impossível de desintegração. Mas, se uma emenda for aprovada com tal sentido, a retirada de um Estado da União já não mais viola, ou malfeire, o pacto constitucional.

O ingresso de uma nova unidade não suscita as mesmas questões delicadas. Aqui o importante é que a admissão há que obedecer a mesma condição de igualdade vigorante no quadro inicial, isto é, remanesce a plenitude constituinte do Estado-Membro. A Corte Suprema

dos Estados Unidos, com o voto do Justice LURTON in COYLE v. SMITH, quando da admissão do Estado de Oklahoma, contestou o ato do Congresso fixando que a Capital do novo Estado devia ser Gerthrie, enquanto a legislatura estadual, em 1910, decidiu removê-la para Oklahoma City, sob o fundamento de que quando um novo Estado é admitido, ele o é com todos os poderes de soberania e jurisdição, os quais não podem ser constitucionalmente diminuídos, sob pena de atentar contra o princípio, segundo o qual a igualdade constitucional dos Estados é essencial para o funcionamento da federação.

Outra coisa é a alteração da divisão territorial da federação, no plano interno. Tudo se passa no plano federal interno, sem repercussão na ordem internacional, visto que o sujeito de Direito das Gentes permanece o mesmo. A disciplina constitucional pode determinar as condições em que a divisão territorial da federação é passível de modificação (ex.: a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, artigo 29). Se a alteração é de modo a reduzir os Estados a número insuficiente para a prática federativa, ocorre transformação na forma de Estado. Há exercício de poder estatal: o Estado federal passa a Estado unitário. Só seria possível se o cerne inalterável da Constituição não incluísse a federação (por exemplo, a Constituição da Líbia de 1951, artigo 197).

Caberia aqui questionar sobre a essencialidade da manifestação do Estado-Membro quanto a qualquer alteração do seu território. Será suficiente a manifestação do Congresso da União? Em princípio a resposta não pode excluir a manifestação de vontade do Estado-Membro que se vai dividir ou fundir com outro. E é assim porque a mudança atinge a autonomia do Estado-Membro. E essa autonomia é preservada pela federação.

Caberia, ainda, examinar alguns mecanismos operacionais da federação. A intervenção federal, por exemplo, que é incursão excepcional

na esfera de competência dos Estados-Membros. Entretanto, não desejo alongar demais a nossa conversa.

Espero que a repetição destas velhas e revelhas noções sobre o Estado federal sirvam como despertar de um desejo de novas indagações. Afinal, o Direito e a Ciência do Direito supõem permanente busca, novas pesquisas, constante estudo. Principalmente naquelas matérias vinculadas ao Estado. E isso porque ainda não terminamos a construção estatal. Acredito mesmo que estamos longe de terminá-la. O que sabemos hoje é a sua imperfeição. Os problemas ficaram bem maiores que a capacidade da burocracia estatal. E estamos chegando ao limite da resistência de uma instituição que está se tornando anacrônica. É urgente, pois, buscar novas alternativas. Importa ter presente que o bem comum, fim do Estado, é coisa deste mundo, como diz HEINRICH ROMMEN. E, para alcançá-lo, todo o nosso esforço e toda a nossa capacidade criadora se fazem necessários.